



POR DON LORENZO MAR TINEZ DE MARZILLA;

CONDE DE MONTORO, Y DON
BERNARDO MARTINEZ DE CA-
BAÑAS, Y MARZILLA,

En el processo *Ioannis Palacios super executione bono-
rum*, pendiente en la Corte del Señor Iusticia
de Aragon.



VERON executados muchos, y diuersos
bienes sitios a instancia de Mossen Iuan
Palacios, en fuerça de vna carta de enco-
mienda en que se obligò Don Gonzalo
Muñoz de Pamplona quarto deste nom-
bre, como bienes, y hazienda suya.

Opusieronse en este processo Doña Ana Martinez de
Marzilla Condesa de Castelflorit, Don Lorenzo Martinez
de Marzilla (oy Conde de Montoro) Don Pedro Marti-
nez de Marzilla, y Doña Ana de Marzilla, viuda de D. Ber-
nardo Martinez de Cabañas. Y para mostrar que no se de-
uia passar adelante en la execucion, respecto de los bienes
puestos, y confrontados en vna cedula que por su parte se
dio (està en el processo fol. 624.) alegaron en ella en sustan-
cia lo siguiente.

Que Don Gonzalo Muñoz de Pamplona (primero de-
ste nombre) y Ana Marcuello conyuges, fueron señores, y
poseedores de dichos bienes. Y en capitulos matrimonia-

2. 851
les los mandaron a Don Gonzalo Muñoz de Pamplona segundo deste nombre su hijo, para el matrimonio que contraxo con Doña Isabel Muñoz de Pamplona. Los quales bienes le mandaron con vinculo, y condicion. *Que de aquellos, ni partida alguna dellos, no pudiesse dar, vender, empeñar, ni en vida, ni en muerte disponer, ni ordenar, sino en hijos suyos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, o en descendientes dellos, assi mesmo legitimos, y de legitimo matrimonio procreados.*

Que el dicho D. Gonzalo Muñoz de Pamplona segundo deste nombre, del dicho matrimonio tuvo en hijos a D. Gonzalo Muñoz de Pamplona tercero deste nombre, Don Alonso Martinez de Marzilla, Don Pedro Martinez de Marzilla, y Doña Ana Muñoz de Marzilla.

Que el dicho Don Gonzalo Muñoz de Pamplona segundo deste nombre, contraxo al sobredicho vinculo, y prohibicion de no disponer sino en hijos suyos legitimos, o descendientes dellos legitimos, porque en su testamento dexò heredera de todos sus bienes a la dicha Doña Isabel Muñoz de Pamplona su muger. Alegando assi mismo la muerte del dicho testador, y la sobreuiencia de los dichos sus quatro hijos. Haziendo consequencia que auian sucedido en todos estos bienes todos quatro por iguales partes, en fuerza de los dichos capitulos, y vinculo contrauencional, verificado con la contrauencion de auer dispuesto en la dicha su muger.

De los quatro hermanos sobredichos, contraxeron matrimonio los tres, a saber es, el dicho Don Gonzalo Muñoz de Pamplona tercero deste nombre, y tuvo en hijo a Don Gonzalo Muñoz de Pamplona quarto deste nombre, que fue el que se obligò en la comanda con que se han executado los bienes. Y el dicho Don Alonso Martinez de Marzilla, que tuvo en hijos a la Condesa de Castelflorit, y al Conde de Montoro. Y la dicha Doña Ana Muñoz de Marzilla, que tuvo en hijo al dicho Don Bernardo Martinez de

3

Cabañas, y Marcilla, que está repuesto en los derechos de su madre.

Y la consecuencia que se saca de lo dicho es, que el dicho Don Gonzalo Muñoz de Pamplona tercero, ni el dicho Don Gonzalo quarto su hijo, obligado en la comanda, no fueron señores de estos bienes, ni el padre pudo disponer, ni su hijo los pudo obligar, mas de en la quarta parte, por pertenecer las otras tres partes a los otros sus tres hermanos, y a sus hijos, que son sucesores suyos.

Rescriuió a esta pretension Mossen Iuan Palacios executante mediante cedula in processu fol. 54. Y lo que opuso es una excepcion de prescripcion contra el derecho, que los dichos tres hermanos, y sus hijos tenian, y se les auia adquirido por el dicho fideicomiso contrauencional. En cuya prouea alegó, que el dicho Don Gonzalo Muñoz de Pamplona tercero, poseyó estos bienes por cinco años hasta su muerte.

Y que desde dicha muerte, *siquiere desde la muerte de Don Gonzalo Muñoz su hermano*, el dicho Don Gonzalo Muñoz de Pamplona quarto, los poseyó por mas de 30. años, hasta que se hizo la execucion, y oposicion destas partes.

Pretendiendo con esto estaua ya prescripto el derecho adquirido por la dicha contrauencion, y el dominio de las tres partes de dichos bienes adquirido mediante la prescripcion al dicho Don Gonzalo quarto, obligado en la comanda, y así afectos a ella.

Replicose a lo dicho por nuestra parte, que no procedia la excepcion de prescripcion, no obstante, que el dicho Don Gonzalo quarto huiesse poseido por 30. años. Porque Doña Ysabel Muñoz de Pamplona su abuela sobreviuó al dicho Don Gonzalo segundo su abuelo, la qual todo lo restante de su vida estuvo viuda, y tuvo derecho de viudedad en estos bienes, con que sacado el tiempo que duró esta viudedad no corrió el de la pretensa prescripcion, y se excu

4
ye. Y aunque no incumbe a esta parte la prueva del tiempo de la muerte de la dicha D. Ysabel Muñoz, se articulò por ella de 22. años, antes del principio deste processo (in co fol. 50. art. 7. y lo depone de vista el test. 7. sobre el mismo art. fol. 416.)

Sobre todo lo alegado ad facietatem por estas dos partes, a saver es, de los terceros que pretendian no se passasse adelante en la execucion, y el dicho Mossen Iuan Palacios executante, se mandò informar el Señor Lugarteniente Relator. Y probado, y hecho el cum constet por ambas partes, salio la pronunciacion en 17. de Abril del año passado 1649. pronúciando se deuia passar adelante en la execuciõ, como estaua suplicado por parte del dicho Mossen Iuan Palacios.

Suplicòse despues reuocar esta pronunciacion por esta parte, y que se declarasse no se deuia passar adelante en dicha execucion, como antes estaua suplicado.

Y estando en deliberacion sobre lo dicho, se parecio por parte del Cõde de S. Clemente, dando vna larga cedula, por la qual pretende dos cosas.

La vna, que no obstante el vinculo traido por esta parte, hecho en los Capítulos matrimoniales de Don Gonzalo segundo, y Doña Ysabel Muñoz de Pamplona, que excluye del Señorío de las tres partes de los bienes a Don Gonzalo quarto, obligado en la comanda, se deue passar adelante en la execucion. Y para esto deduze otros capítulos matrimoniales de Don Gonzalo primero, y Ana Marcuello en que se cõtiene vna clausula del tenor siguiente.

Con tal pacto, vinculo, manera, è condicion, & nõ alias, que el dicho Gonzalo Muñoz de Pamplona de aquellos, ni partida alguna dellos, no pueda dar, vender, empeñar, cambiar, permutar, feriar, ni en su ultima voluntad disponer ni ordenar, sino a, & en fijos suyos legitimos, y naturales, y de legitimo matrimonio procreados, ò en descendientes de los dichos sus fijos assi mesmo legitimos, y de legiti-

mo matrimonio procreados, y assi sucesivamente de hijos en hijos descendientes dellos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, guardando orden, y forma de *gentilitas ad in perpetuum*.

Este vinculo se dice por la parte del Conde, es absoluto, descendiuo, gradual, y perpetuo para todos los descendientes del dicho Don Gonzalo primero de mayor en mayor. Y que assi en fuerza del ha sucedido el dicho Don Gonzalo quarto, que se obligò en la comanda en todos estos bienes, sin que Don Gonzalo segundo, ni Don Gonzalo tercero, sus padre, y abuelo, le pudiesen alterar ni mudar su derecho, por el vinculo de los capitulos posteriores de que esta parte se vale.

Lo otro que pretende la parte del Conde de San Clemente por la cedula que ha dado es; Que passando adelante hasta vender, y trançar los bienes executados, del precio que dellos resultare, se le manden pagar treze mil seiscientas setenta y nueve libras, diez y seis sueldos, y diez dineros, de la dote de la señora Doña Madalena Marin de Villanueva su hermana ya difunta, que casò con el dicho Don Gonzalo Muñoz de Pamplona quarto deste nombre.

Con este hecho, y algunas otras circunstancias del, que se apuntaran segun que el discurso lo pidiere, se ha de fundar que de ninguna manera procede la pretension contraria, en quanto quiere que se passe adelante en la execucion. Y que se deve reuocar la pronunciacion que determinò lo contrario.

Que no se deve passar adelante, es llano, considerado el fideicomisso contrauencional de los capitulos matrimoniales por esta parte exhibidos. Porque luego que Don Gonzalo segundo dispuso en su muger no contemplada en la prohibicion, sucedieron los quatro hijos del dicho D. Gonzalo, que eran los contemplados, *ex l. peto 71. §. fratre, ff. delegat. 2. ibi: Si non paruit hares voluntati, sed domum alienauerit, vel extero haredi instituto decesserit, omnes fideicō-*

missum petent. l. cum pater, §. libertis eodem tit. Sesse decis. 55 num. 16. Iacius Casanat. conf. 36. num. 1. & conf. 37. num. 31. Fuf. de subst. q. 688. num. 25. & alijs, & q. 739. num. 5. & conf. 1. num. 22. 25. alijs omisis.

De que resulta, que Don Gonzalo el tercero, como vno de los quatro hermanos, adquirio solamente el dominio de la quarta parte destos bienes, la qual, y no mas pudo transmitir en Don Gonzalo quarto su hijo, cuya obligaciõ (contenida en la comanda) no pudo comprehender las otras tres partes de bienes pertenecientes a los otros tres sus tios, por la regla vulgar, *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.* Y entra la disposicion del Fuero 1. de *apposit. tertij*, que el tercero que viene probando *possession*, ò *dominio* de los bienes que se executan, impide el progreso de la execucion, junto con el Fuero fin. del mismo tit. que prorogò la disposicion del primero, a las execuciones hechas en virtud de contrato, ò otra qualquiere obligacion. Y es materia del text. in *l. à Diuo Pio, §. si post addictum, ff. de re iud.* sobre q̄ (en orden al tiempo en que deue venir el tercero, ad impediendam pignoris distractionem) discurre graueamente *Mar. Giarb. decis. 64. à princ.*

Lo riguroso deste punto consiste en dar satisfacion a las replicas contrarias. Y assi en primero lugar no obsta el vinculo anterior de los capitulos matrimoniales de Don Gonzalo primero, y Ana Marcuello, que nueuamente se ha exhibido por parte del Conde de San Clemente. Porque aunque es cierto en derecho, *quod debet attendi prima inuestitura, vt radix, & fundamentum omnium sequentium*, argumento *l. id quod, ff. de donat. cap. 1. vbi Bald. de duob. fratrib. à Capitaneo inuestit. Rolan. conf. 55. num. 31. 32. vol. 3. cum alijs per Valenz. conf. 23. nu. 1. & conf. 69. num. 1. & innumeris relatis à Camill. Borrell. in sum. decis. p. 1. tit. 34. à nu. 599.* Y que si ay vinculo anterior, el grauado no puede imponer nuevas condiciones ni grauamenes al substituto, *l. perfecta donatio, C. de donat. qua sub mod. Conarr. lib. 1. cap.*

14. num. 1. *Ant. Gomez. in l. 17. Tauri num. 22. Peralta in l. cum pater, §. à filia num. 32. ff. de legat. 2. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 8. num. 37. Valenz. cons. 69. à num. 64. Sesse decis. 437. Fus. cons. 93. num. 2. §. de substit. q. 510. num. 1.*

En el caso presente, no es verdadero dezir, que en los pactos nupciales de Don Gonzalo el primero, y Ana Marcuello, se fundò vinculo gradual, y successiuo para todos los descendientes. Antes bien leida, y entendida la clausula en que se pretende dicho vinculo, se hallarà, que solo se formò vn fideicomisso contrauencional, y condicional, no en manera alguna absoluto, cuya condicion faltò con auer dispuesto el dicho Don Gonzalo primero en Don Gonzalo el segundo su hijo, como realmente dispuso mandandole estos bienes para su casamiento.

En prueua de que se adierte, que la clausula destos capitulos supra inserta, solo contiene la manda destos bienes cõ pacto, vinculo, y condicion, que el mandatario no pueda disponer ni ordenar en vida ni en muerte, sino en hijos suyos, ò descendientes legitimos, y assi successiuamente guardando orden de genitura ad in perpetuum. La qual disposicion no es de fideicomisso absoluto, sino para en caso que el grauado contrauiniere, y para en esse caso estan contemplados los hijos, y descendientes legitimos, guardando ordẽ de genitura in perpetuum. De que se sigue, que si Don Gonzalo el segundo, y donatario huuiera contrauenido, disponiendo in personas prohibitas, entraua luego el fideicomisso descendiuo, y gradual para todos los descẽdientes, seruato ordine primogeniturę. Pero no auiendo contrauenido, porque dispuso en vno de los contemplados, faltò la condiciõ, y no llegó el caso de poderse dezir, que por aquellos capitulos estan vinculados estos bienes.

En prueua deste discurso (que es corriente, y llano) se ha deuer en primero lugar a *Sesse decis. 55.* ya alegada, donde el caso es puntual al nuestro, en que concutrian dos fideicomissos cõtrauencionales como aqui, el primero de los quales

les no surtió efecto, porque el grauado dispuso en vno de los contemplados, y el segundo se verificó; con que los contemplados en el sucedieron al disponente en virtud del fideicomiso contrauencional, anulando, y excluyendo la agnacion, y obligaciones del grauado que contrauino.

Y para que no embaracen las palabras, y assi successivamente de fijos en fijos descendientes dellos legitimos, guardando orden, y forma de genitura ad in perpetuum; se ha de ver *August. Berol. cons. 84. lib. 2.* que es de la causa antigua de Sanguerren, aduirtiendo el tema de aquel consejo, donde se copia la clausula con todas las circunstancias de la nuestra, sobre que escriuieron assi mismo *Socin. Jun. cons. 13. lib. 4.* y *Alciat. cons. 134.* Los quales obtuieron contra Deziano, q̄ escriuio por la parte contraria, *cons. 31. lib. 1.* como lo aduier-
te *Casanat. in d. cons. 36. num. 1. vers. de quo in causa.*

Y no remitiendo en todo la prueua desta conclusion a los lugares alegados, pondré a la vista lo que dixo *Aug. Berol. in d. cons. 84. num. 58. in fin. in hæc: Rursus illa verba de vno in alium, non respiciunt principalem dispositionem fideicommissi, quia non fuerunt apposita, ut per se importarent fidei commissum, sed respiciunt executionem, & modum procedendi, & sic accessoria posita fuere, ergo non dicuntur alterare principalem dispositionem, alienationis prohibita.* Y en el *num. 76. ibi: A prohibitionem autem, & illius contrauentionem resultare dicitur fideicommissum non simplex, sed conditionale si contra prohibitionem alienatio secuta fuerit, &c. Ergo similiter dicendum est, quod ius, & ordo primogenituræ, quod venit in consequentiam prohibitionis, eandem conditionem recipere debet, quam recipit fideicommissum quod resultat ex ipsa prohibitionem, cum ab illo dependeat, tamquam illius executiuum.* Videndus etiã *Ioseph. Ramon. cons. 61. num. 29. 30.*

Segun esto, claro es, y patente, que la capitulacion anterior, que exhibe de nuevo la parte del Conde, no excluye el intento desta parte, y que deue preualecer el fideicomiso

9

contrauencional resultante de la capitulacion de Don Gonzalo el segundo, por auer aquel contrauenido, disponiendo en Doña Ysabel su muger, no contemplada, con que sus quatro hijos succedieren por iguales partes.

Y sin lo dicho se excluye el pretenso vinculo anterior, porque cayendo su disposicion sobre ciertos bienes, no se prueua la identidad, y que aquellos, y los executados sean todos vnos, *Mascard. de probat. conc. 778. à nu. 39. quo & alijs, Fusar. de subst. q. 616. n. 20.*

La otra excepcion que se nos opone es, que quanto quiera que huuieran sucedido los quatro hermanos; entrò solo a posseer estos bienes Don Gonzalo tercero vno dellos, y los posseyò por mas de 5. años hasta su muerte, y despues los posseyò Don Gonzalo quarto por mas de 30. años. Y que assi prescriuiò las tres partes pertenecientes a los otros sus hermanos, *ad For. quicumque infantio, tit. de prescript. § Mol. verb. prescriptio bonorum sedentiũ in princ.* Pero se responde.

Lo vno, que como los quatro hermanos tenian esta succession en bienes de su abuelo por disposicion suya, eran consortes por el fideicomisso legal, *ad For. 1. § 2. cõ. diuid. Portol. de cons. cap. 1. n. 7. 8.* Y por auer muerto Don Gonzalo el tercero antes de partir con sus hermanos, succedio en su parte Don Gonzalo quarto, con la misma calidad de consorte, y conseruando el consorcio con sus tios, *Port. d. cap. 1. num. 28. 30. § alijs.*

Destte consorcio resulta, que la possession que tuuieron Don Gonzalo el tercero, y Dõ Gonzalo el quarto su hijo, respeto de las tres partes pertenecientes a los otros cõsortes, no pudo causar prescripcion, *Mol. verbo prescriptio fol. 261. col. 3. vers. § de ista prescriptione.* Porque esta possessiõ no fue suya, sino de los dichos tres hermanos, y tenuta a su nõbre iure consortij, & familiaritatis, *ad tex. in l. qui iure familiaritatis, vbi glos. ff. de acquir. poss. Mant. decis. 267. nu. 2. Molin. verb. appreh. fol. 29. col. 3. in princ. § 37. col. 1. vers. die 12. mensis, Portol. vbi supra cap. 38. num. 3. 4. § 5. latè Post.*

Post. de manutent. obs. 54. donde funda lar gamente, que esta possession no surte efectos algunos de derecho.

Y aunque el mismo *Portol. in d. cap. 38. num. 8.* limita lo dicho, quando al consorte que està posseyendo actualmente le sobreuiene algun titulo, y con el explica su animo de querer posseer nomine proprio, quia tunc intervertitur possessionis causa. Nada desto concurre en este caso, pues la otra parte no muestra diuerso titulo, ni el nuevo animo de posseer proprio nomine, ò a lo menos quando a Don Gonzalo quarto le huuiera sobreuenido nuevo titulo por el testamento de su padre, y no fuesse necessario explicar el animo, segun las dotrinas que refiere *Post. d. obs. 54. num. 23.* auia de mostrar la parte contraria que tuuo ciencia de esse nuevo titulo, sin la qual no es posible mudar la causa de la possession, *Post. sup. num. 29.* alios plures allegans. Porque se deue atender el animo, del qual se regula la calidad de la possession, *d. l. qui iure familiaritatis, ff. de acquir. possess.* y la voluntad no puede llegar a lo no conocido, quia nil volitum quin præcognitum, *Barbos. axiom. 113. num. 13. 14.*

Lo otro no obsta la prescripcion pretendida. Porque quando murio Don Gonzalo el segundo, le sobreuiuió por muchos años la dicha Doña Isabel Muñoz de Pamplona su muger, abuela del dicho Don Gonzalo quarto, cuyo derecho de viudedad excluye la prescripcion. Ya por el impedimento que causaua a los verdaderos señores para poder recobrar sus partes, por la regla *impedito agere non currit prescriptio*, punctim *Portol. verb. possess. num. 63.* & probatur ex doctrina *Ludou. Mol. de Hisp. primog. lib. 4. cap. 10. num. 3.* & melius ad casum per *Salgad. de Reg. proteſt. 4. p. cap. 8. nu. 63.* Ya porque todo el tiempo que dura la viudedad, aprovecha la possession al propietario, y verdadero señor, segun el *Fuer. vnic. de usufruct. Mol. verb. usufructus, fol. 340. col. 2. vers. usufructuarius possessio*, *Portol. d. verb. possessio. n. 43.*

Y en consecuencia, la prescripcion de que se nos opone, no es releuante.

Boluiendo a tratar del vinculo anterior de que la parte del Conde se vale, se le opone assi mismo por esta, que se ha exhibido fuera de tiempo. Ha se de suponer lo que ya queda advertido en la relacion del hecho: esto es, que antes que el Conde deduxera sus derechos, se auia sustanciado el articulo del derecho de tercero, entre esta parte, y Mossen Palacios executante, el qual no replicò del dicho vinculo anterior, ni exhibio los capitulos de Don Gonzalo primero, y Ana Marcuello, sino solamente la excepcion de la prescripcion, sobre que las dos partes recibieron ad facietatem, y hechas las prueuas concluyeron el articulo haziendo el *cum constet*, &c. Sobre que cayò la pronunciacion declarando se deuia passar adelante, que es la q̃ esta parte suplica reuocar.

En este estado salio la parte del Conde deduziendo el derecho de su credito, impugnando la reuocacion, y pretendiendo se prosiga la execucion, y se trançen los bienes para q̃ de su precio se la pague: y para esto trae, y exhibe de nuevo los pactos nupciales de Don Gonzalo primero, y Ana Marcuello.

Dizese pues, que en el estado en que la parte del Conde viene a deduzir el credito de la dote, no puede exhibir, ni deduzir de nuevo, mas de aquello que tocara a su inclusion, y verificacion de que se le deue lo que pretẽde: pero en ordena el articulo de si se ha de passar adelante, no obstante el derecho del tercero, no puede producir nuevos meritos.

Lo vno por la naturaleza de la interlocutoria, que no se puede justificar, ni injustificar ex nouiter deductis, *Clemēt. Appellanti de appellat. Molin. verbo appellitus fol. 21. col. 2. in fin. Bard. in For. 6. num. 2. de appreh. Sess. de inhibit. cap. 5. §. 9. num. 3. 4.*

Lo segundo, porque en ordena este articulo, la parte del Conde se puede considerar como tercero quoadiuuante la pretension de Mossen Palacios. Y como tal ha de tomar el proceſso en el estado, y terminos en que lo halla, *tex. expressus in cap. fin. ut lit. pend. lib. 6.* y se prueua de infinitos que

juntò *Salg. de supplicat. ad Sanctis. 2. p. cap. 13. num. 45.* donde en el *num. 46.* dezide en terminos, que este tercero auxiliante se viene despues de concluida la causa, no puede deduzir nuevas probanças, *ex Mar. Giur. decis. 1. à num. 24.* juntando otros muchos en los numeros siguientes.

Y si la parte del Conde se considera como tercero, que viene con derecho opuesto, y contrario a los que antes litigauan, pretendiendo se proceda en la execucion en virtud del instrumento de capitulos de Don Gonzalo quarto, y Doña Madalena Marin de Villanueva, se excluye facilmente con presentacion de vna firma volandera, pues no es de los privilegiados que se executan no obstante firma, y ha de inchoar otro processo, qual le permitieren las clausulas de dicha capitulacion.

Que dicta sint ex abundanti, pues los otros fundamentos que esta parte representa en la justicia original son tan eficazes, para que se pronuncie, reuocando la interlocutoria de *fore procedendum ad ulteriora*; y declarando, que el derecho de tercero haze parar la via executiua, *ad tex. in l. à Diuo Pio, §. si super rebus, ff. de re indicat. cum alijs supra relat. is.* Como lo esperamos se ha de pronunciar. Salua, &c. Iunio 20. 1650.

Gonzalez de Leon.